



EB 2023/080

Resolución 074/2023, de 24 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA / SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS (ELA / STV) frente a los pliegos del contrato “Servicio de limpieza y jardinería para la OSI Bilbao - Basurto”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA / SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS (en adelante, ELA) frente a los pliegos del contrato “Servicio de limpieza y jardinería para la OSI Bilbao - Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 5 de abril se trasladó el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 OARC / KEAO los días 12 y 13 de abril.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 14 de abril, se han recibido alegaciones de ZAINZEN, S.A. el día 21 del mismo mes.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la representación de N.U.Z. para actuar en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, es aplicable la doctrina asentada por este Órgano en sus Resoluciones 24, 29 y 45/2017, confirmadas por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2018, número 230/2018 (en adelante, “sentencia 230/2018”) y Resolución 212/2019, referidas a recursos en los que los motivos impugnatorios aducidos, si bien con ciertas matizaciones, eran básicamente similares a los expuestos ahora; en ellas se admitió la legitimación sindical con los siguientes argumentos:

- 1) La recurrente basa su legitimación para la interposición del recurso en su interés en el cumplimiento de los acuerdos que se derivan de la negociación colectiva cuyo contenido se opone al de los pliegos impugnados y, en general, en la defensa de los intereses de los trabajadores, perjudicados por la externalización que el contrato impugnado supone.
- 2) En el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia 448/2015 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO, se señala que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una



correlación entre los intereses laborales y económicos de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible.

En el supuesto ahora analizado, ELA pretende, en resumen, que se anulen los pliegos por dos motivos:

- (i) no respetar el acuerdo producto de la negociación colectiva, en concreto, el Convenio Colectivo único de sector para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza para los años 2011 – 2017 y el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza – Servicio vasco de Salud, por incluir el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) una información (cláusula 2.1.6) que vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical y perjudica los derechos de los trabajadores.
- (ii) omisiones e inexactitud de los datos sobre el personal con derecho a subrogación que constan en el Anexo VIII.

No cabe duda de que asegurar el carácter vinculante de la negociación colectiva y la defensa de los derechos de los trabajadores, entre los que se encuentra el cumplimiento real de las condiciones de la subrogación (ver, en este sentido las Resoluciones 22/2019 y 169/2018 de este OARC / KEAO), es un interés legítimo conectado claramente con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados, por lo que ELA goza de legitimación para impugnar.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.



TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación (ver también el último párrafo del Fundamento jurídico cuarto de la sentencia 230/2018).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) El objeto del contrato es el servicio de limpieza y jardinería de la OSI Bilbao-Basurto; ELA considera que la cláusula 2.1.6 del PPT impugnado y la información del Anexo VIII vulneran la libertad sindical en su vertiente funcional de negociación colectiva y abre la posibilidad de incumplimiento del Convenio Colectivo único de sector para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza para los años 2011 – 2017 y el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza – Servicio vasco de Salud.
- b) Se impugna la información que consta en el listado de subrogación que figura en el Anexo VIII, en el que se observan omisiones e información inexacta.



c) El pliego atribuye a la entidad adjudicadora el poder redistribuir áreas, unidades y personal a discreción, obviando el contenido del convenio de aplicación respecto a la cobertura del servicio de limpieza del Hospital de Basurto, no siendo posible admitir cláusulas en diferido.

d) Finalmente, solicita la nulidad del pliego y que se ordene la publicación de uno nuevo que incluya una redacción de la cláusula 2.1.6 ajustada a derecho, que no permita la revisión unilateral de la distribución establecida, así como una redacción del Anexo VIII que no sea contraria a lo determinado en los arts. 76, 79, 80 y 81 del Convenio de aplicación, que recoja a todo el personal subrogable con las condiciones de antigüedad y demás derechos de manera ajustada a derecho y, subsidiariamente se declare su anulabilidad, procediendo a retrotraer las actuaciones al momento de su publicación, procediendo a subsanar la redacción de la citada cláusula y del Anexo VIII de manera acorde a lo determinado en el Convenio y artículos citados, recogiendo a todo el personal subrogable, en los términos que se expresan en este escrito de Recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de ZAINZEN

ZAINZEN se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) ELA ha solicitado y ha obtenido de ZAINZEN toda la documentación y aclaraciones que ha exigido respecto de la información contenida en el Anexo VIII Listado de Subrogación. Es más, le ha solicitado por razones de prudencia el desistimiento del recurso, sin haber recibido respuesta al efecto.

b) El apartado 2.1.6 del PCT ya fue anteriormente impugnado. Este recurso no sólo fue desestimado por el OARC / KEAO, sino también por el TSJPV en su sentencia de 22 de julio de 2021.

c) ELA ha actuado con evidente temeridad y mala fe a la vista de que (i) ha recibido de ZAINZEN toda la información solicitada, (ii) se ha impugnado el contenido de la cláusula 2.1.6 con anterioridad, siendo firme la sentencia



desestimatoria y (iii) se vuelve a reiterar un recurso frente a una cláusula ya recurrida y desestimada.

OCTAVO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) El objeto del recurso fue desestimado por el OARC / KEAO por su Resolución 136/2020 (EB 2020/097) y confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) de fecha 22 de julio de 2021, R.C.A 1181/2020. Los mismos motivos de nulidad y anulabilidad que plantea ELA fueron desestimados por el OARC / KEAO y por el TSJPV.
- b) El apartado 2.1.6 del PPT recurrido es una transcripción casi literal del anterior apartado 2.1.5. frente al que ELA, al igual que ahora, alegaba la vulneración de la libertad sindical, en su vertiente funcional, de la negociación colectiva lo que podría suponer el incumplimiento del Acuerdo sobre la cobertura del servicio de limpieza del Hospital de Basurto. La diferencia es que ahora se alega el Convenio Colectivo único de sector para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza para los años 2011 – 2017. En cualquier caso, como el apartado ahora impugnado guarda identidad sustancial con el anteriormente recurrido, le son de aplicación los mismos fundamentos.
- c) Se cuestiona la legitimación del sindicato para impugnar el listado de subrogación. No obstante, en su informe Osakidetza contesta a todos los reparos y señala que se han presentado cinco ofertas al contrato y que los únicos recursos interpuestos contra los pliegos los firman dos sindicatos.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso plantea dos cuestiones: (i) la nulidad de la cláusula 2.1.6 del PPT por infringir el derecho a la negociación colectiva y (ii) la incorrección de la



información incluida en el Anexo VIII del PPT. Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre estas cuestiones son las siguientes:

a) Sobre la cláusula 2.1.6 del PPT

El análisis de esta cuestión debe partir del contenido de la cláusula impugnada

2.1.6. VARIOS

(...)

Por motivo de adecuaciones de áreas, nuevos servicios o prestaciones, y reubicación de recursos internos propios de limpieza que, por cualquier motivo, promueva la OSI Bilbao-Basurto, la empresa contratada deberá adecuar, revisar o reubicar a su personal.

Esta previsión se establece en base al Acuerdo de Condiciones de Trabajo establecido en Osakidetza. En el mismo sentido, si se produce una vacante entre el personal subrogable, el destino de cobertura, deberá ser consensuado con la responsable del contrato de la Osi.

o El personal de limpieza deberá estar organizado de forma que se garantice una cobertura de las necesidades de la limpieza en todo momento. El adjudicatario se compromete a cubrir, en todo momento, el número de puestos de trabajo que figura en el Anexo VIII (listado de personal subrogable), por lo que deberá suplir en su totalidad la ausencia por enfermedad o accidente, los permisos, las vacaciones, las liberaciones sindicales, o reducciones de jornadas, las bajas por sanciones o los ceses en los trabajos, con personal de idéntica categoría al que se ha sustituido.

Osakidetza alega la identidad de esta cláusula 2.1.6 con otra, la 2.1.5 incluida en el PPT del contrato anterior, igualmente impugnada por ELA en el recurso especial numerado como EB 2020/097, cuya pretensión consistía en la exclusión de la citada cláusula o, de forma subsidiaria, que la citada cláusula se redactara de la siguiente forma (...) Por motivo de adecuaciones de áreas, nuevos servicios o prestaciones, y reubicación de recursos internos propios de limpieza que, por cualquier motivo, promueva la OSI Bilbao-Basurto, la empresa contratada deberá adecuar, revisar o reubicar a su personal. Todo ello **con respeto al Acuerdo sobre la cobertura del servicio de limpieza del Hospital de Basurto suscrito entre empresa y comité de empresa en fecha 17.12.2010 y en su caso a las modificaciones que del mismo acuerden empresa y comité de empresa**. Esta pretensión se desestimó por la Resolución 136/2020 de este OARC / KEAO, que fue confirmada por la STSJ PV de fecha 22 de julio 2021 (ECLI: ES:TSJPV:2021:2208).



El contenido de dicha cláusula 2.1.5 era el siguiente:

2.1.5 Varios

(...)

o Por motivo de adecuaciones de áreas, nuevos servicios o prestaciones, y reubicación de recursos internos propios de limpieza que, por cualquier motivo, promueva la OSI Bilbao-Basurto, la empresa contratada deberá adecuar, revisar o reubicar a su personal. Todo ello en base al Acuerdo de Condiciones de Trabajo establecido en Osakidetza. En el mismo sentido, si se produce una vacante entre el personal subrogable, el destino de cobertura, deberá ser consensuado con la responsable del contrato de la Osi.

o El personal de limpieza deberá estar organizado de forma que se garantice una cobertura de las necesidades de la limpieza en todo momento. El adjudicatario se compromete a cubrir, en todo momento, el número de puestos de trabajo que figura en el Anexo VIII (listado de personal subrogable), por lo que deberá suplir en su totalidad la ausencia por enfermedad o accidente, los permisos, las vacaciones, las liberaciones sindicales, o reducciones de jornadas, las bajas por sanciones o los ceses en los trabajos, con personal de idéntica categoría al que se ha sustituido

Dada la identidad entre ambas cláusulas, de los recurrentes, de la pretensión de nulidad de las cláusulas y de los argumentos aducidos por ELA en ambos recursos, no cabe duda de que los argumentos que condujeron en su día a este Órgano a desestimar el recurso EB 2020/097 por la Resolución 136/2020 y al TSJPV a confirmar este pronunciamiento son de aplicación a la cláusula 2.1.6 impugnada, los cuales se resumen en:

- 1) La única diferencia observada entre ambos recursos se refiere al acuerdo regulador de las condiciones de trabajo alegado, el Convenio Colectivo único de sector para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza para los años 2011 – 2017 en el que ahora nos ocupa y el Acuerdo sobre la cobertura del servicio de limpieza del Hospital de Basurto en el anterior recurso que, en lo que respecta a la resolución del recurso es indiferente por las razones expuestas en los números posteriores a éste.
- 2) Al igual que en el recurso anterior, en el que ahora nos ocupa no se alega un incumplimiento concreto, sino meras suposiciones y conjeturas y la redacción de la cláusula no sugiere un posible incumplimiento por parte de



Osakidetza de los acuerdos de negociación colectiva. La cláusula manifiesta expresamente que las decisiones que afecten a las adecuaciones de áreas, nuevos servicios o prestaciones, y reubicación de recursos internos propios de limpieza, esto es, del personal propio de Osakidetza, se efectuará en base al Acuerdo de Condiciones de Trabajo establecido en Osakidetza. Tampoco se observa que exista un incumplimiento, siquiera indirecto, por la circunstancia de que la cláusula indique que, en caso de vacante, el destino del personal subrogable deba ser consensuado con la responsable del contrato de la OSI por dos razones: la primera, que el personal dependiente de la empresa adjudicataria del contrato no se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación personal del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza y, la segunda, que el inciso final de la cláusula debatida, únicamente se limita a describir el cauce para adoptar la decisión, lo que no significa que el responsable del contrato, al que le corresponden las funciones de supervisar la ejecución del contrato y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias (artículo 62 de la LCSP y cláusula 19.2.3 del PCAP), esté facultado para adoptar decisiones al margen de las normas, acuerdos e instrucciones vigentes en la organización a la que representa en el contrato, entre las que se encuentran los acuerdos vinculantes derivados de la negociación colectiva.

3) ELA alega vulneración de los artículos 76, 79 y 80 del convenio colectivo, pero no explica cómo y por qué la cláusula 2.1.6 impugnada infringe los citados preceptos.

b) Sobre las omisiones e inexactitudes en el listado de personal a subrogar del Anexo VIII

En lo que respecta a la infracción de los artículos 129 y 130 de la LCSP por contener el listado de personal a subrogar información inexacta a juicio de la recurrente, es aplicable la constante y reiterada doctrina de este OARC / KEAO, contenida en la citada Resolución 136/2020 y confirmada por la también citada



STSJPV de fecha 22 de julio 2021, de que dicha información va dirigida a los licitadores, a efectos de estos puedan conocer los costes de la subrogación. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión de anulación de los pliegos en nada satisfaría los intereses de los trabajadores cuya defensa es la finalidad de la recurrente. La información sobre personal a subrogar y sobre la misma existencia de la obligación de subrogación tiene la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, podrían impugnar su inexactitud y obtener un beneficio si el recurso prospera. Por el contrario, los pliegos no regulan la subrogación ni su alcance, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable como, por ejemplo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773), cuyo contenido y fuerza vinculante no se verían en ningún caso alterados por la decisión de anular los pliegos que este Órgano pudiera adoptar, por lo que la subrogación se produciría en todo caso en los términos legal o convencionalmente previstos. Consecuentemente, el motivo del recurso debe desestimarse.

c) Sobre la temeridad y mala fe en la interposición del recurso

El artículo 58.2 de la LCSP dispone que En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

A juicio de este Órgano en el supuesto que nos ocupa concurren las circunstancias que justifican la imposición de una multa. Debe tenerse en cuenta dos circunstancias:

- (i) la recurrente reitera argumentos aducidos en un recurso precedente sobre un contrato con igual objeto al que nos ocupa en relación con



cláusulas sustancialmente idénticas a las ahora recurridas, que han sido desestimados por sentencia firme.

- (ii) la recurrente es plenamente conocedora de la constante y reiterada doctrina de este OARC / KEAO sobre el contenido y alcance de los artículos 129 y 130 de la LCSP, tal y como se desprende de las Resoluciones 173/2022, 189/2022, 117/2021, 138/2019, 24/2019, 22/2019, 169/2018, 49/2018, 21/2018 y 106/2017, todas ellas desestimatorias de los recursos especiales interpuestos por ELA frente a incorrecciones de listados de personal a subrogar.

Esta conducta, consistente en utilizar los mismos argumentos que en recursos precedentes, si bien adaptados a cada pliego, siendo más que previsible la desestimación, únicamente puede ser calificada de abusiva y denota un comportamiento temerario (en este sentido, si bien referido a la temeridad procesal, ver la STS 799/2023, ECLI:ES:TS:2023:799). Este Órgano ha manifestado con anterioridad que el acceso a los procedimientos de revisión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se debe realizar desde la responsabilidad y cuando realmente se aprecie una lesión en los intereses del recurrente como consecuencia de una vulneración de la normativa aplicable (Resolución 77/2019).

Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no constar que se hayan producido otros perjuicios que los derivados de la propia existencia de este procedimiento.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por CONFEDERACIÓN SINDICAL EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA / SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS frente a los pliegos del contrato “Servicio de limpieza y jardinería para la OSI Bilbao - Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que se procede a la imposición de una sanción por importe de 1.000 euros.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k LJ), de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko apirilaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de abril de 2023